

Les protections parlementaire et juridictionnelle de la Constitution : quelles relations ?

Ariane Vidal Naquet

► **To cite this version:**

Ariane Vidal Naquet. Les protections parlementaire et juridictionnelle de la Constitution : quelles relations ?. La protection parlementaire de la Constitution, 2018. halshs-02112657

HAL Id: halshs-02112657

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02112657>

Submitted on 26 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les protections parlementaire et juridictionnelle de la Constitution : quelles relations ?

Ariane VIDAL NAQUET

Le sujet est surprenant voire provocant pour ceux qui, d'ordinaire, regardent du côté de la protection juridictionnelle de la Constitution, entendue ici au sens large comme la protection assurée par le juge constitutionnel ou plutôt les juges constitutionnels, y compris les juges de droit commun. Il conduit à des conclusions inattendues : loin d'être concurrentes ou même exclusives l'une de l'autre, les relations entre protection parlementaire et protection juridictionnelle de la Constitution sont complémentaires et interdépendantes.

Pourtant, et de prime abord, les relations semblent nettement distinctes et indépendantes l'une de l'autre. Pendant longtemps, la protection parlementaire a été la seule façon de protéger la Constitution. Ainsi, dans son fameux *Traité de droit parlementaire*, Eugène Pierre fait du respect de la Constitution une responsabilité qui échoit aux assemblées et, plus particulièrement, aux présidents des assemblées, qui doivent arrêter l'initiative parlementaire lorsqu'elle tend à s'exercer d'une manière inconstitutionnelle¹. Aujourd'hui encore, dans certains pays, la protection parlementaire de la Constitution est très largement privilégiée, tandis que la protection juridictionnelle n'est que faiblement assurée. Il en va notamment ainsi en Suède qui dispose, certes, d'un contrôle juridictionnel diffus de constitutionnalité - en réalité peu utilisé et quasi anecdotique - mais dans lequel la protection est, pour l'essentiel, assurée par des commissions parlementaires, notamment la très puissante « Commission de la Constitution »². Il en va également ainsi dans plusieurs

¹ V. L. Domingo et D. Ribes, « La loi dans l'œuvre d'Eugène Pierre », Colloque *Eugène Pierre*, 18 nov. 2016, Aix-en-Provence, en cours de publication : les auteurs soulignent que, pour Eugène Pierre, ce contrôle du respect de la Constitution doit s'exercer en amont de la procédure parlementaire, au stade de l'initiative tant des propositions que des amendements et citent à l'appui de leurs propos, Eugène Pierre : « Il appartient au Président de chaque Chambre d'examiner si les propositions qui sont apportées par un ou plusieurs membres n'excèdent pas les limites du droit d'initiative, s'il ne se rencontre rien dans la Constitution, dans les lois ou dans le règlement qui en interdise le dépôt », E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Imprimeur de la Chambre des députés, 1924, p. 66 (§63) ; il en est de même des amendements lorsqu'ils sont « nettement inconstitutionnel[s] », *ibid.*, p. 844 (§ 697).

² Cette dernière est, depuis 1974, obligatoirement saisie de tout projet de lois concernant un vaste ensemble de droits et libertés (liberté d'expression et d'information, de réunion, de manifestation, d'association et liberté religieuse - chap. 2, §1 *RF*) ; elle connaît également de l'ensemble des projets de loi s'inscrivant dans le droit constitutionnel et administratif et concernant la législation sur la radio, la télévision et le cinéma, mais également la presse, les partis politiques, le Parlement et les autorités sous son contrôle, l'administration des comtés et les divisions administratives, la libre administration locale ou encore les actions menées contre les députés. Ce contrôle de conformité du projet de loi aux normes constitutionnelles est obligatoire (chap. 2, §22 al.3 *RF*) et constitue un préalable indispensable : lorsque la Commission constate une irrégularité, si celle-ci n'est pas rétablie, le projet de loi ne peut être débattu en séance (chap. 11, §19 *RO*). Ce contrôle est à la fois un contrôle de constitutionnalité substantiel, portant sur les règles de fond, et formel, portant sur les règles de

pays de *common law* qui, bien que dotés d'un contrôle juridictionnel, confient aux assemblées une mission fondamentale de respect de la Constitution ou, plus précisément, des droits fondamentaux³. En revanche, dans les pays dans lesquels la garantie juridictionnelle est fortement implantée et assurée, cette dernière concurrence largement et même supprime la protection parlementaire. En France par exemple, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité a connu une croissance tardive, inattendue mais finalement rapide, et s'est imposé comme le seul moyen de protéger efficacement la Constitution, reléguant la protection parlementaire à l'arrière-plan et rendant ainsi très inégales les relations entre garantie parlementaire et garantie juridictionnelle de la Constitution⁴. Inégales, ces relations sont également asymétriques, le Conseil constitutionnel, garant de la protection juridictionnelle, ayant longtemps été perçu comme un canon braqué contre le Parlement, dont il s'agissait de prévenir les débordements. Ainsi brossé à grands traits, ce tableau donne le sentiment que la force de la protection parlementaire est inversement proportionnelle à celle de la protection juridictionnelle et inversement.

De surcroît, protection parlementaire et protection juridictionnelle de la Constitution apparaissent difficilement commensurables et semblent illustrer l'opposition classique entre droit et politique. Si elles ont toutes deux pour objectif d'assurer le respect de la Constitution, elles le font de manières qui semblent radicalement opposées. Elles présentent, d'abord, une différence de nature : la protection juridictionnelle est exercée par le / les juges constitutionnels, qui rendent une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, tandis que la protection parlementaire est exercée par des politiques (parlementaires, groupes parlementaires, commissions parlementaires, bureau, conférence des présidents, majorité, minorité qualifiée ...). Elles portent, ensuite, sur des objets différents : la protection parlementaire ne peut s'exercer que durant l'élaboration de la loi, étant susceptible d'être soulevée à plusieurs stades de la procédure législative, tandis que la protection juridictionnelle s'exerce sur la loi votée, qu'il s'agisse du contrôle *a priori* exercé avant la promulgation de la loi ou du contrôle *a posteriori* dans le cadre de la QPC. Elles s'inscrivent, ensuite, dans une temporalité différente : la protection parlementaire est susceptible de s'exercer tout au long de la procédure d'adoption de la loi, tandis que la protection juridictionnelle est plus contrainte dans le temps (un mois voire 8 jours dans le cadre du contrôle DC, 3 mois dans le cadre de la QPC). Surtout, la protection parlementaire est exercée par les auteurs de la norme

procédure. Je tiens à remercier L. Léothier, doctorant contractuel à l'ILF, pour ses précieuses recherches en suédois !

³ V. A. Blachert, *L'équilibre des pouvoirs législatif et juridictionnel à l'épreuve des systèmes de protection des droits et libertés - Étude comparée : États-Unis, Canada, Royaume-Uni*, thèse, Aix-Marseille Université, 2017.

⁴ On relèvera, d'ailleurs, que l'expression même de « protection parlementaire » de la Constitution ou de « garantie parlementaire » de la Constitution n'est pas répertoriée dans les dictionnaires et dans les manuels de droit constitutionnel.

contrôlée et durant son élaboration - elle est ainsi une forme d'auto-contrôle - tandis que la protection juridictionnelle est externalisée, exercée *ex post* par un organe extérieur. Le sujet invite, en conséquence, à mettre en relation un contrôle politique de constitutionnalité et un contrôle juridictionnel de constitutionnalité, un contrôle internalisé et un contrôle externalisé, un contrôle *ex ante* et un contrôle *ex post*...

Le terme de relations retenu par les organisateurs de ce colloque est relativement neutre mais les rapports entre protection parlementaire et protection juridictionnelle de la Constitution peuvent faire l'objet de plusieurs nuances, qui vont de la simple influence à l'interdépendance en passant par l'interaction. Comment qualifier ces relations ? Sont-elles inexistantes, complémentaires l'une de l'autre, concurrentes, exclusives, antagonistes ? Quel rapport, quel équilibre peut-on établir entre ces deux modalités de protection de la Constitution ? La question est loin d'être innocente. Elle a, d'abord, une vocation descriptive : préciser les relations susceptibles de se nouer entre ces deux formes de protection de la Constitution. Mais elle peut aussi revêtir une vocation prescriptive. D'un point de vue technique, il s'agit de savoir comment organiser au mieux ces protections, comment assurer leur articulation voire leur cumul. Mais elle a aussi une dimension politique : peut-on identifier une meilleure protection et donc un meilleur protecteur de la Constitution ? Faut-il, en conséquence, privilégier l'un ou l'autre de ces modes de protection ? En filigrane émerge la question des modèles de justice constitutionnelle, récemment renouvelée par l'apparition d'un troisième modèle de justice constitutionnelle, le modèle dit de Westminster, précisément fondé sur la protection parlementaire de la Constitution. Prenant place aux côtés du modèle européen et du modèle américain de justice constitutionnelle, ce troisième modèle confie, pour l'essentiel, au Parlement le soin d'assurer la constitutionnalité de la loi et présente ainsi l'avantage de garantir la constitutionnalité des normes sans poser les redoutables questions de légitimité que doit affronter le contrôle juridictionnel de la loi⁵.

En France, la protection parlementaire de la Constitution est relativement méconnue, voire purement et simplement ignorée. Elle est difficile à identifier, ce qui la rend peu visible. La notion même de protection renvoie à la volonté de soustraire quelqu'un, quelque chose à un danger, à un risque, ici celui de l'inconstitutionnalité. Plusieurs mécanismes parlementaires permettent de soustraire une norme, pour l'essentiel une loi, au risque de l'inconstitutionnalité. Les plus évidents sont ceux qui permettent de soulever l'inconstitutionnalité d'un texte : la motion de rejet préalable à l'Assemblée nationale qui remplace, depuis 2009, l'exception d'irrecevabilité et la question préalable⁶ ; l'exception d'irrecevabilité au Sénat, qui vise à faire reconnaître

⁵ S. Gardbaum, « The new commonwealth Model of Constitutionnalism », *American Journal of comparative law*, 2001, p. 707 et s.

⁶ Selon l'art. 91, al. 5 et 10 du RAN, la motion de rejet préalable a pour objet de faire reconnaître que le texte est contraire à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles ou de faire décider qu'il n'y a pas lieu à

que le texte proposé est contraire notamment à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles⁷. Incarnant la protection parlementaire de la Constitution, ces mécanismes peuvent même apparaître comme un substitut au contrôle de constitutionnalité, d'autant qu'ils ont été introduits à un moment où la saisine du Conseil constitutionnel n'existait pas⁸. Ils ne sont cependant pas parfaitement superposables, leur champ n'étant pas limité à l'inconstitutionnalité : la motion de rejet préalable vise tant l'inconstitutionnalité que l'inopportunité du texte examiné ; l'exception d'irrecevabilité vise tant l'inconstitutionnalité que la contrariété à des dispositions légales ou réglementaires. A côté de ces deux mécanismes de protection « généralisée » de la Constitution, d'autres procédures plus spécifiques et plus ponctuelles permettent également d'assurer le respect de la Constitution : l'irrecevabilité financière de l'article 40 C, l'exception d'irrecevabilité de l'article 41 C, l'irrecevabilité législative des amendements tirée de l'article 45 C, qui impose un lien, même indirect avec le texte et, au cours de la navette, une relation directe avec les dispositions restant en discussion. Ces irrecevabilités, qualifiées de « constitutionnelles », constituent, au-delà de leur aspect procédural, des protections parlementaires de certaines dispositions constitutionnelles, autrement dit des protections ponctuelles et partielles de la Constitution. A cela s'ajoute l'article 39§4, introduit par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, relatif à la présentation des projets de loi, imposant notamment la présence d'une étude d'impact, qui confie à la conférence des présidents de la première assemblée saisie le soin de vérifier le respect de cette disposition, participant, ce faisant, à la protection parlementaire de la Constitution. Pourrait également être mentionné l'avis susceptible d'être donné par le Conseil d'Etat sur les projets de loi, procédure également introduite à la suite de la révision constitutionnelle de 2008 mais, pour l'instant, peu utilisée. A ces mécanismes s'ajoute encore la saisine du Conseil constitutionnel, ouverte au Président de l'Assemblée nationale et au Président du Sénat et étendue à 60 députés ou 60 sénateurs en 1974 pour l'examen des lois ordinaires et en 1992 pour la non contrariété des traités à la Constitution. Encore faudrait-il ajouter une protection parlementaire de la Constitution plus informelle, plus diffuse mais néanmoins très présente, qui se manifeste dans les débats parlementaires : les références à la Constitution, au Conseil constitutionnel et à sa jurisprudence sont nombreuses dans les débats parlementaires et l'argument de constitutionnalité est utilisé par les parlementaires. Ces différents moyens de protéger la Constitution au cours de la procédure législative révèlent le caractère polymorphe de la protection parlementaire : tantôt individuelle, tantôt collective, institutionnalisée ou informelle, préventive ou curative, directe ou indirecte, généralisée ou partielle ... Elle est, en

délibérer. Son adoption entraîne le rejet du texte.

⁷ Au Sénat, l'exception d'irrecevabilité a pour objet de faire reconnaître qu'un texte en discussion ou seulement une partie de celui-ci (article, amendement,...) est contraire à des dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires. Son adoption entraîne le rejet du texte à l'encontre duquel elle a été soulevée.

⁸ En ce sens, A.-C. Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2014, p. 521 et s.

conséquence, difficile à saisir, à quantifier, à apprécier.

Elle semble néanmoins disposer d'un ancrage constitutionnel. A plusieurs reprises, en effet, lorsqu'il s'est agi de réglementer plus strictement l'exception d'irrecevabilité à l'Assemblée Nationale⁹, le Conseil constitutionnel s'est assuré que les dispositions litigieuses préservent « la possibilité effective, pour les députés, de contester la conformité à la Constitution des dispositions d'un texte », pour en conclure leur conformité à la Constitution. A cela s'ajoute que la protection parlementaire de la Constitution permet de justifier l'assouplissement de certaines règles de la procédure parlementaire : ainsi la règle de l'entonnoir est-elle susceptible d'être assouplie pour les amendements qui visent à assurer le respect de la Constitution¹⁰. De la sorte, la protection parlementaire de la Constitution semble susciter une certaine bienveillance du Conseil constitutionnel, qui contraste avec sa traditionnelle indifférence au regard de ce qui se passe au sein des chambres. Cette bienveillance, cet intérêt même du juge constitutionnel pour la protection parlementaire de la Constitution n'est pas innocent. Loin d'une relation d'indifférence, loin d'une relation inversée, protection parlementaire et protection juridictionnelle de la Constitution entretiennent une véritable relation de complémentarité. Elles se renforcent l'une l'autre : la protection parlementaire est stimulée par la protection juridictionnelle et, en sens inverse, la protection juridictionnelle est conditionnée par la protection parlementaire.

I. Une protection parlementaire encouragée par la protection juridictionnelle

Si la protection juridictionnelle de la Constitution tend à s'imposer comme le seul mode de protection de la Constitution, ses effets sont, en réalité, contrastés voire inversés. En effet, elle a paradoxalement pour conséquence non pas d'effacer, mais au contraire d'encourager la protection parlementaire, qui s'appuie sur la protection juridictionnelle voire l'instrumentalise.

A. La stimulation de la protection parlementaire par la protection juridictionnelle

La protection juridictionnelle de la Constitution a d'abord pour effet d'encourager la protection parlementaire de la Constitution. C'est l'effet dissuasif du contrôle de constitutionnalité, qui montre comment le juridique encadre le politique, selon la célèbre formule du Doyen Favoreu. Mis en lumière depuis longtemps, l'effet

⁹ CC, Décisions n°90-278 DC du 7 nov. 1990, *Résolution modifiant les articles 16, 24, 29 et 48 du règlement du Sénat et introduisant dans celui-ci des articles 47 ter, 47 quater, 47 quinquies, 47 sexies, 47 septies, 47 octies, 47 nonies et 56 bis A*, cons. 11 ; n°2003-470 DC du 9 avril 2003, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 10 ; n°2006-537 DC du 22 juin 2006, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 5 à 7.

¹⁰ A cet égard, le Conseil constitutionnel a considéré que l'adoption, après la réunion de la CMP, d'un amendement destiné à assurer le respect de la Constitution est toujours possible, v. CC, Décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 8 et 9.

dissuasif du contrôle *a priori* n'a cessé de s'amplifier et est encore accentué par l'entrée en vigueur du contrôle *a posteriori*¹¹.

Dans cette optique, la crainte de la sanction juridictionnelle mais aussi de son exploitation politique encourage l'exercice, en amont, de la protection parlementaire de la Constitution. Cet effet dissuasif peut être à la fois préventif, visant à éliminer une inconstitutionnalité potentielle, que correctif, cherchant à éliminer la source de l'inconstitutionnalité. L'effet préventif est, par exemple, corroboré par la revitalisation de l'exception d'inconstitutionnalité au sein des deux assemblées : loin d'avoir été tarie par la protection juridictionnelle de la Constitution, cette dernière connaît, en effet, une croissance parallèle à l'essor du contrôle de constitutionnalité¹². Ainsi, alors que la procédure d'exception d'irrecevabilité n'a été utilisée que deux fois entre 1959 et 1971, elle connaît un essor notable depuis 1971 et semble se maintenir à un niveau relativement stable¹³, y compris depuis l'entrée en vigueur de la QPC. L'effet correctif, pour sa part, peut être illustré par la parution du guide élaboré par le Sénat en 2009 sur les irrecevabilités de nature constitutionnelle¹⁴, destiné à « mieux informer les parlementaires sur le cadre juridique dans lequel ils peuvent exercer leurs droits d'initiative et d'amendement » mais aussi et surtout à « sécuriser » les initiatives parlementaires face au risque de censure ou de délégalisation par le Conseil constitutionnel.

L'entrée en vigueur du contrôle *a posteriori* confirme l'effet dissuasif du contrôle de constitutionnalité. Cet effet est même accentué par la QPC : celle-ci démultiplie les possibilités de saisine, dont les parlementaires perdent le quasi-monopole ; elle étend le champ de la contestation, en permettant la remise en cause de la loi déjà en vigueur et en mettant fin à l'immunité contentieuse de la loi promulguée ; elle renforce la contrainte pesant sur le législateur, la nouvelle loi apparaissant comme la conséquence directe de la censure juridictionnelle, la décision étant souvent assortie de directives très précises émises par le Conseil constitutionnel sur le contenu, matériel et temporel, de la future loi et sur ses délais d'adoption¹⁵. Mais, dans le même temps, la QPC nuance cet effet dissuasif, en éloignant ou en tempérant la menace constitutionnelle ; elle dissocie la censure juridictionnelle de l'élaboration politique de la loi ; elle vise moins le législateur que

¹¹ L. Favoreu « L'effet dissuasif du recours préventif en inconstitutionnalité », in *La Constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dimitri Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 151.

¹² V. J. Gicquel et P. Avril, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 2014, p. 153 citant J.-L. Autin, « Les exceptions d'irrecevabilité soulevées par les parlementaires français », *RDP*, 1983, p. 687 et S. Barre-Aivazaddeh, *L'exception d'irrecevabilité pour inconstitutionnalité devant les assemblées parlementaires française*, thèse, 1995, Lille III.

¹³ V. V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, LGDJ, 2007, p. 133 et s.

¹⁴ Sénat, Direction de la Séance, *Les guides pratiques du Sénat. Les irrecevabilités de nature constitutionnelle*, sept. 2017, 74 p., <http://senat.fr>

¹⁵ V. tout particulièrement S. Benzina. *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris II, 2016.

la norme législative elle-même quelle que soit la date de son adoption ; elle recherche moins la perfection juridique de cette dernière que la garantie des droits et libertés des justiciables. Reste que, plus important encore, la QPC diffuse une culture constitutionnelle partagée qui ne repose moins sur la menace que sur l'appropriation, l'acculturation constitutionnelle : elle véhicule l'idée que la protection de la Constitution est l'affaire de tous, des citoyens comme des parlementaires et que le Conseil constitutionnel n'est qu'un acteur parmi d'autres qui vise à faire respecter la Constitution. Elle accrédite ainsi l'idée d'un « polycentrisme constitutionnel », favorable à la diffusion de la protection parlementaire de la Constitution.

Cet effet dissuasif du contrôle de constitutionnalité se double donc d'un effet incitatif : la protection juridictionnelle de la Constitution invite la protection parlementaire à se déployer. Mais, en retour, cette dernière s'approprie la protection juridictionnelle pour mieux l'utiliser, illustrant de la sorte la fameuse inversion : si le droit saisit le politique, le politique se saisit aussi du droit.

B. L'instrumentalisation de la protection juridictionnelle par la protection parlementaire

Confirmant l'effet dissuasif du contrôle de constitutionnalité, les parlementaires n'hésitent pas à se saisir de la protection juridictionnelle de la Constitution pour mieux servir leurs objectifs politiques.

Une étude très stimulante menée par Audrey Bachert a été consacrée à l'utilisation politique de la référence au Conseil constitutionnel dans le cadre de la procédure législative¹⁶. Elle aboutit à une typologie très fine, très instructive, soulignant la diversité des modes d'utilisation de la Constitution et de la jurisprudence constitutionnelle dans les débats parlementaires. Ainsi Audrey Bachert identifie, d'une part, ce qu'elle qualifie de « références justificatives », utilisées comme arguments au soutien d'un texte proposé. Ces dernières peuvent elles-mêmes se diviser en deux catégories : les « justifications proactives », qui permettent d'annoncer un texte comme présentant toutes les garanties pour éviter une censure du Conseil constitutionnel, et les « justifications réactives », qui légitiment un texte proposé comme étant une conséquence directe d'une décision du Conseil constitutionnel. Elle identifie, d'autre part, ce qu'elle qualifie de « références argumentatives contestataires », qui permettent d'attaquer la validité, voire l'opportunité de certains dispositifs proposés. Ces dernières visent à contester des dispositions au motif qu'elles seraient jugées inconstitutionnelles (dispositif stérile) ou à les soutenir, au motif que leur maintien serait nécessaire car jugé conforme à la

¹⁶ A. Bachert, « L'utilisation politique de la référence au Conseil constitutionnel dans le cadre de la procédure législative », IX^e Congrès de l'AFDC, 2014, Lyon, <http://www.droitconstitutionnel.org>

Constitution (dispositif superflu). Particulièrement raffinée, cette classification permet de prendre la mesure de l'influence de la jurisprudence constitutionnelle et souligne la tendance à la constitutionnalisation des débats parlementaires. Elle révèle, surtout, comment la protection parlementaire de la Constitution s'approprie la protection juridictionnelle pour en faire un argument au service de fins politiques. Elle illustre également la situation un peu schizophrène de la protection parlementaire, à qui l'on demande d'être à la fois l'auteur et le censeur de la loi. Tirillée entre le souci de l'adoption de la loi et la protection de sa constitutionnalité, elle se trouve écartelée entre le juridique et le politique : jusqu'où doit-on assurer la constitutionnalité de la loi, lorsque cette dernière contrarie l'adoption de la loi et la réalisation d'un programme politique ? La situation de la majorité est délicate, qui doit, d'un côté, assurer la constitutionnalité de la loi et, de l'autre, arriver à ses fins politiques, surtout lorsque les parlementaires sont contraints par le fait majoritaire. La situation de l'opposition est également ambiguë, puisqu'elle a intérêt à actionner les mécanismes de protection parlementaire moins pour assurer la constitutionnalité juridique de la loi que pour pouvoir s'opposer politiquement. Ainsi l'exception d'irrecevabilité est-elle classiquement considérée comme une technique d'obstruction, ce qui explique qu'elle ait été progressivement encadrée aussi bien à l'Assemblée nationale qu'au Sénat. De manière plus remarquable encore, la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel, qui semble incarner, par excellence, la protection parlementaire de la Constitution, n'est pas analysée sous cet angle mais sous celui des droits de l'opposition. On serait ainsi tenté de conclure que la protection juridictionnelle de la Constitution constitue une menace, certes, mais pas suffisante pour contraindre les parlementaires à assurer systématiquement et préventivement la protection de la Constitution. Surtout, elle présente un effet dissuasif doublement inversé, la protection parlementaire étant activée moins par la majorité que par la minorité, qui l'utilise comme moyen d'opposition, et moins pour sa finalité juridique, garantir la constitutionnalité de la loi, que pour sa finalité politique, retarder ou empêcher la majorité¹⁷.

Si la protection juridictionnelle tend ainsi à stimuler la protection parlementaire de la Constitution, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles, en retour, elle se trouve dépendante de cette dernière.

II. Une protection juridictionnelle dépendante de la protection parlementaire

La protection parlementaire est tantôt une condition, tantôt une aide à l'exercice du contrôle juridictionnel, révélant les relations de dépendance et d'interdépendance qui s'établissent entre ces deux modes de protection de la Constitution.

¹⁷ De ce point de vue, il est intéressant de noter qu'en Suède, la Commission de la Constitution est présidée par un membre de l'opposition.

A. La protection parlementaire, condition de la protection juridictionnelle

La protection juridictionnelle peut, tout d'abord, être conditionnée par la protection parlementaire de la Constitution, se positionnant ainsi dans une relation de dépendance vis-à-vis de cette dernière.

La situation la plus évidente semble être la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel, qui déclenche la protection juridictionnelle. L'affirmation mérite d'être nuancée, dans la mesure où la protection parlementaire, en l'espèce la saisine du Conseil constitutionnel, est loin d'être motivée uniquement par des considérations juridiques et qu'elle est ouverte à d'autres autorités notamment, depuis 2008, aux justiciables - tout au moins indirectement. Reste que le lien a souvent été fait entre la saisine du Conseil constitutionnel et les mécanismes de protection parlementaire de la Constitution : l'exception d'irrecevabilité, par exemple, a été considérée comme un substitut du contrôle de constitutionnalité et tend aujourd'hui à préfigurer le contenu de la saisine parlementaire¹⁸ ; de même, les arguments utilisés durant la discussion législative tendent à être repris dans la saisine. Reste qu'une fois la saisine déclenchée, le contrôle de constitutionnalité échappe entièrement aux parlementaires, la protection juridictionnelle devenant ainsi totalement indépendante de la protection parlementaire : ainsi, dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel peut examiner d'office n'importe quelle disposition et soulever n'importe quel moyen, sans être tenu par la lettre de saisine¹⁹.

La deuxième hypothèse est celle dans laquelle la protection parlementaire est un préalable à la protection juridictionnelle : la contestation juridictionnelle ne peut s'effectuer qu'à condition d'avoir été précédée d'une protection parlementaire. C'est la règle du préalable parlementaire qui vaut pour les irrecevabilités financières. En effet, le contrôle de conformité des amendements parlementaires à l'article 40 C ne peut être exercé par le Conseil constitutionnel qu'à la condition que l'irrecevabilité ait été soulevée devant l'assemblée qui a été saisie de l'amendement en cause²⁰. Ce principe du préalable parlementaire suppose l'existence d'un contrôle de

¹⁸ V. Barbé, , *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, LGDJ, 2007, *op. cit.*, p. 133 et 135 : elle qualifie l'exception d'irrecevabilité de « procédure préparatoire à la saisine du Conseil constitutionnel » et cite l'exemple de CC, Décision n°2004-510 DC du 20 janv. 2005, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, qui s'appuie sur CC, Décision n°2003-466 DC du 20 fév. 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, elle-même invoquée dans l'exception d'irrecevabilité.

¹⁹ CC, Décision n°96-386 DC du 30 déc.1996, *Loi de finances rectificative pour 1996*, cons. 4.

²⁰ CC, Décision n°77-82 DC, 20 juill. 1977, cons. 4 : « Considérant en conséquence que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi de la question de savoir si une proposition ou un amendement formulé par un membre du Parlement a été adopté en méconnaissance de l'article 40 de la Constitution que si la question de la recevabilité de cette proposition ou de cet amendement a été soulevée devant le Parlement ».

recevabilité effectif et systématique, au moment du dépôt des amendements²¹, qui existe à l'Assemblée nationale depuis 1959²² et qui a été instauré au Sénat en 2007 sous l'influence, précisément, de la jurisprudence constitutionnelle²³. Cette règle du préalable parlementaire a également valu un temps pour les cavaliers législatifs²⁴ ou pour les cavaliers sociaux²⁵ avant d'être abandonnée. Il est intéressant de relever que, dans ces différentes situations, la règle du préalable parlementaire a été imposée par le Conseil constitutionnel lui-même, qui subordonne ainsi l'exercice de la protection juridictionnelle de la Constitution à l'activation de la protection parlementaire.

La troisième hypothèse est celle dans laquelle la protection juridictionnelle permet de trancher un différend entre le Parlement et le Gouvernement et d'arbitrer ainsi entre protection parlementaire et protection gouvernementale de la Constitution. Il en va par exemple ainsi de l'irrecevabilité de l'article 41 C qui peut être opposée depuis 2008 par les présidents des assemblées aux amendements, parlementaires comme gouvernementaux, qui empièteraient sur le domaine réservé au pouvoir réglementaire par l'article 37 C : en cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée concernée, le Conseil constitutionnel peut être saisi par l'une de ces deux autorités et se prononce alors dans un délai de 8 jours. Il en va de même du nouvel article 39, alinéa 4, conçu sur le même modèle : le non-respect des dispositions de la loi organique du 15 avril 2009 - en pratique, l'absence d'étude d'impact - doit être soulevé par le bureau ; en cas de désaccord entre le Gouvernement et le Parlement, le différend est tranché par le Conseil constitutionnel, d'ailleurs particulièrement attentif aux débats parlementaires²⁶. Suivant la même logique, il juge que lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 C de l'argument relatif à l'absence d'étude d'impact, la protection parlementaire doit avoir été activée pour que la protection juridictionnelle puisse jouer²⁷.

Dans ces différentes hypothèses, la protection juridictionnelle est dépendante

²¹ CC, Décision n° 2006-544 DC du 14 déc. 2006, *préc.*, cons. 13

²² Art. 89 RAN.

²³ Art. 45 RS.

²⁴ Ainsi, s'agissant des cavaliers législatifs, le Conseil constitutionnel a un temps considéré que la question du lien entre l'amendement déposé et le texte auquel il se rapporte, prévu par le RAN, devait avoir été soulevée par les requérants en séance pour qu'il puisse être saisi : CC, Décision n°78-97 DC du 27 juill. 1978, *Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises*, cons. 3. Cette règle a rapidement été abandonnée, le Conseil constitutionnel se saisissant désormais directement des cavaliers législatifs.

²⁵ Pour les cavaliers sociaux, le Conseil constitutionnel a longtemps refusé de les contrôler si la question n'avait pas été soulevée au Parlement, avant d'abandonner cette règle du préalable parlementaire : CC, Décision n°2000-437 DC du 19 déc. 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, cons. 47 et s.).

²⁶ V. notamment CC, Décision n°2014-12 FNR du 1^{er} juill. 2014, *Présentation du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral* ; le Conseil constitutionnel prenant notamment en considération les observations présentées par des présidents de groupe parlementaire de l'assemblée devant laquelle le projet de loi a été déposé (visas de la décision).

²⁷ Après quelques hésitations jurisprudentielles, le Conseil constitutionnel a finalement jugé que la conférence des présidents devait avoir été saisie pour que soit examiné le grief tiré de la méconnaissance de l'étude d'impact dans le contrôle de constitutionnalité de l'article 61, CC, Décision n°2015-718 DC du 13 août 2015, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 2 à 4.

de la protection parlementaire. En conséquence, la protection parlementaire ou, plus exactement, l'inaction parlementaire peut faire obstacle à la protection juridictionnelle. Ceci explique l'insistance du Conseil constitutionnel à ce que ces mécanismes de protection parlementaire soient effectifs, par exemple en matière d'irrecevabilités financières²⁸.

B. La protection parlementaire, renfort de la protection juridictionnelle

Deux hypothèses illustrent la situation dans laquelle la protection parlementaire intervient au soutien de la protection juridictionnelle de la Constitution, conduisant ainsi des relations d'interdépendance entre des deux formes de protection.

Dans la première hypothèse, la protection parlementaire intervient comme soutien de la protection juridictionnelle. Le Conseil constitutionnel est un « examinateur attentif de la discussion parlementaire », qui alimente la « veille constitutionnelle » exercée par le service juridique et le secrétaire général²⁹. Ainsi, il s'appuie sur la protection parlementaire, qu'elle se manifeste à travers les débats, les motions de procédure, les irrecevabilités, pour révéler ou corroborer une inconstitutionnalité. C'est tout particulièrement l'exemple des moyens et conclusions relevés d'office, qu'il est, en réalité, très difficile, d'identifier, de même qu'il est difficile d'en systématiser la pratique. Mais plusieurs exemples révèlent que les arguments développés durant la discussion législative, notamment les motions de procédure telles que l'exception d'irrecevabilité, sont utilisés par le Conseil constitutionnel et s'avèrent des « outils d'information privilégiés du contrôle d'office du Conseil constitutionnel »³⁰. Pour autant, le juge constitutionnel se défend de toute obligation ou de toute contrainte pesant sur lui : ainsi, le vote par l'Assemblée nationale d'une exception d'irrecevabilité ne saurait le lier dans l'exercice de la compétence qu'il tient du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution³¹. Le juge

²⁸ Le Conseil constitutionnel insiste pour que le contrôle de la recevabilité, dont il a fait un préalable, soit concret et effectif, faute de quoi le respect des dispositions constitutionnelles est laissé à la discrétion des assemblées parlementaires, v. CC, Décision n°2006-544 DC du 14 déc 2006, *préc.*

²⁹ A.-C. Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », *op. cit.*, p. 517.

³⁰ *Ibid.*, p. 516 et s. ; parmi les exemples cités, cette dernière souligne que peu de décisions relevant d'office font une référence explicite aux travaux parlementaires (3 questions relevés d'office et 2 moyens soulevés d'office) mais relève que nombreux sont les moyens soulevés d'office qui reprennent partiellement voire intégralement des arguments soulevés dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité, soit pour censurer, soit pour émettre des réserves d'interprétation, soit plus rarement, pour examiner d'office tout en déclarant la disposition litigieuse conforme (not. p. 523).

³¹ CC, Décision n°99-419 DC, 9 nov. 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 5, 8 et 10 : selon les requérants, le rejet d'une exception d'irrecevabilité par l'Assemblée nationale impliquerait que le Conseil constitutionnel en tire les conséquences nécessaires quant à la constitutionnalité de la loi déférée. Pour le Conseil, ni le rejet, ni le vote par l'Assemblée nationale d'une exception d'irrecevabilité ne saurait le lier dans l'exercice de la compétence qu'il tient du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution.

constitutionnel s'appuie encore sur la protection parlementaire de la Constitution dans le cas des saisines blanches, c'est-à-dire lorsqu'aucun grief n'est soulevé à l'encontre de la loi à l'appui de la saisine. Dans ces hypothèses, le Conseil constitutionnel tend à concentrer son contrôle sur les inconstitutionnalités relevées lors des travaux parlementaires, qu'il s'agisse de la régularité de la procédure ou du contenu substantiel de la loi³².

Plus encore, la protection parlementaire peut devenir un substitut à la garantie juridictionnelle ou, plus exactement, un substitut à l'insuffisance de la protection assurée par le Conseil constitutionnel. Dans cette hypothèse, la protection parlementaire compense voire devance la protection juridictionnelle. C'est l'exemple de la réactivation de l'article 41 de la Constitution, à l'initiative du Président du Sénat, qui dispose de la faculté d'opposer cette irrecevabilité depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008³³. A ainsi été mis en place, depuis le 1^{er} octobre 2015, un mécanisme de contrôle de la recevabilité des amendements, gouvernementaux comme sénatoriaux, par les présidents des commissions qui permet au Président du Sénat d'actionner l'irrecevabilité de l'article 41 C³⁴, alors même que le Conseil constitutionnel ne sanctionne pas l'immixtion du législateur dans le domaine réglementaire, au motif qu'il s'agit d'une simple faculté entre les mains du Gouvernement et non d'une obligation³⁵. Cette réactivation de l'article 41C montre que le respect de la répartition des compétences n'est pas seulement entre les mains du Gouvernement mais aussi du Parlement. Elle révèle surtout que la protection parlementaire de la Constitution peut être plus poussée que la protection juridictionnelle de la Constitution et pourrait même inciter cette dernière à évoluer.

³² Déjà, le commentaire de CC, Décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011, *préc.*, pour laquelle le Conseil constitutionnel avait fait l'objet d'une saisine blanche, indique que « sur le fond, le Conseil constitutionnel a constaté l'absence de tout grief. Il a également relevé qu'aucun motif particulier d'inconstitutionnalité ne ressortait des travaux parlementaires de la loi et notamment de la motion de rejet préalable défendue à l'Assemblée nationale » ; le Conseil constitutionnel s'assure que la loi déferée a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution et contrôle en particulier la régularité de la procédure ayant conduit à l'introduction de dispositions par voie d'amendement, qui avait été contestée lors des travaux parlementaires ; sur le fond, il relève qu'aucun autre motif particulier d'inconstitutionnalité ne ressort des travaux parlementaires et considère en conséquence qu'il n'y a pas lieu d'examiner spécialement des dispositions de la loi déferée d'office, v. CC, Décision n°2016-730 du 21 avril 2016, *Loi de modernisation de diverses règles applicables aux élections*, cons. 1 à 4.

³³ En effet, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le président de chaque assemblée peut opposer l'irrecevabilité tirée de l'article 41 de la Constitution à une proposition ou un amendement ne relevant pas du domaine de la loi, cette révision étant justifiée par la volonté d'améliorer la qualité de la loi alors même que Gouvernement n'oppose jamais l'irrecevabilité.

³⁴ Ainsi, lors de la conférence des présidents du 15 septembre 2015, le président du Sénat a annoncé que les présidents de commission devront lui adresser pour chaque texte examiné la liste des amendements, sénatoriaux comme gouvernementaux, ne relevant pas du domaine de la loi, afin de lui permettre d'opposer l'irrecevabilité, après avoir consulté le cas échéant le président de la commission des lois, conformément à la procédure prévue par l'article 45 du règlement du Sénat. Depuis, cette irrecevabilité des amendements au titre de l'article 41 C a été opposée à plusieurs textes par le président du Sénat, v. A. De Montis et P. Jensei Monge, « Le Sénat et le renouveau de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, n°112, p. 861.

³⁵ CC, Décision n°82-143 DC du 30 juill 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4*, cons. 11.

La question pourrait également se poser à propos du principe du vote personnel, prévu par l'article 27 C, dont le non-respect n'est pas censuré par le Conseil constitutionnel³⁶. Là encore, la protection parlementaire peut s'avérer plus efficace, comme en témoigne la limitation, par la pratique, depuis 1993 à l'Assemblée nationale du vote de groupe. Cette pratique pourrait encourager une évolution de la position du Conseil constitutionnel, évolution d'ailleurs esquissée en 2010³⁷.

Ces différents exemples témoignent de l'importance de la protection parlementaire de la Constitution. Cette importance a d'ailleurs été consacrée tant par le constituant que par le Conseil constitutionnel lui-même. Ainsi la protection parlementaire a-t-elle été renforcée par le pouvoir de révision, dernièrement à l'occasion de la loi constitutionnelle de 2008 qui a modifié en ce sens les articles 41, 39 alinéa 4 et 45 de la Constitution. Plus notable encore, la protection parlementaire de la Constitution est encouragée voire imposée par le Conseil constitutionnel, comme l'atteste la règle prétorienne du préalable parlementaire de l'article 40 C ou de l'article 39§4 C. Plusieurs raisons militent en faveur de cette protection « internalisée » de la Constitution : l'efficacité et la célérité du contrôle, l'expérience et la compétence des assemblées, le respect de l'autonomie des chambres, la nécessaire responsabilité des parlementaires. Mais fortes sont également les limites de cet « auto-contrôle », rendant indispensable la protection juridictionnelle de la Constitution et la nécessité de penser l'articulation et la complémentarité entre ces deux formes de contrôle de la constitutionnalité des lois.

³⁶ Le Conseil constitutionnel a jugé que le constat d'un nombre de suffrages supérieur au double du nombre de députés effectivement présents « ne saurait entacher de nullité la procédure d'adoption de ce texte que s'il est établi, d'une part, qu'un ou des députés ont été portés comme ayant émis un vote contraire à leur opinion et d'autre part, que, sans la prise en compte de ce ou ces votes, la majorité requise n'aurait pu être atteinte », v. CC, Décision n°86-225 DC du 23 janv. 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 4, et, dans le même sens, CC, décision n°2010-624 DC du 20 janv. 2011, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, cons. 9.

³⁷ Le Conseil constitutionnel a souligné le caractère exceptionnel de la délégation de vote et le nécessaire respect des règles encadrant l'usage des délégations de vote, CC, Décision n°2010-609 DC, 12 juill. 2010, *Loi organique relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, cons. 6.